

谷 雅文から補足説明です。少し厳しいかかな・・とも思いますが、重要なことなので、明らかにしておきます。ゆっくり考えていただければ良いです。

※ **法律関係を論ずる**と言うのは、この場合、民法上の法律関係のことですから、民法上の権利義務のことです。論じると言うのは、**その当事者間の権利義務が最終的にどのようになるのか（結論＝現在の法律関係）、そして、それは何故そのようなようになるのかについて説得的に説明する**と言うことです。上記の解答例は、この要件を全て満たしていますから、これで良いのです。**この問いに対する解答としてAやDの主張であるとか反論であるとかを説明する必要はありません**し、そのような記述は無益記載です。つまり、**無駄なので、そういった記載は避けるべき**ものです。これが分からないとするとそれ自体が問題です。改善しましょう。

※ 民法の答案に書くべきことが分からない？

法律答案は感想文ではありません。参考答案に書かれていることは、**権利義務の発生と変動に関する**ことです。民法は市民社会における社会現象を権利義務の関係で捉えるのですから（内田・民法I第4版・18頁）、権利義務に関することを説明することになります。これが分からないのでは始まりません。要件事実とは「法律要件に該当する具体的事実」を意味しますが（＝主要事実・司研の見解による）、要件事実の存在により権利変動が生じることなのです（訴訟の場ではこの要件事実の存在が主張・立証されることで権利変動を認定する）。

※ この問題に答えるのに要件事実論を振り回す必要はありませんし、AD間訴訟の弁論構造の説明をする必要もありません。**簡単なことをややこしくするだけなので、避けるべき**です。TPOを考えましょう。**これを考えることができない人が多すぎる**ように思います。

※ この問いは、**ADの法律関係を問う**ものですから、**「AはDに対して何も請求できない」と言うのが問いに正対した解答**です。「AはDに甲土地の明け渡しを請求できない」というのは、問いに正対した解答になりません。何故なら、問われていることは、ADの法律関係で、何らの制限も設けられてはいないので、AD間の権利義務の全体について説明すべきだからです。従って、解答にあたり、冒頭に「AはDに甲土地の明け渡しを請求できるか」とか「AはDに対して所有権に基づき甲土地の明け渡しを請求することが考えられる」とか記載するのは、**問題のすり替え**でしょう。避けるべきです。

なお、問いはAD間の法律関係なのですが、結論は小問a bのいずれの場合も、AD間には甲土地に関して何らの権利義務関係もないと言うことですね。そこで、これをこのまま解答しても間違いではないのですが、解答例の方はAの側からの請求ができないと言う形になっています。これは、Aがもと所有者であること、Dは現在甲土地を占有使用していることからすると、先にアクションを起こすのは通常Aであると考えられるからです。

では、問いの形が「AはDに対し甲土地の所有権に基づいて同土地の明け渡しを請求することができるか。」と言うものであったらどうでしょうか。

この場合は、平成23年予備試験民法の問題（第3講・公開講義）と同じ形になりますが、これが解答の形に何か影響するかとすると、1点だけあります。最後の結論の部分が、「～従って、AはDに対して甲土地の所有権に基づいて同地の明け渡しを請求することはできない。」となります。「何も請求できない」では問いに正面から答えてないですから、問いに合わせて改めるのです。その他の部分は全く同じで構いません。

さらに、問いの形が「AはDに対して甲土地の明け渡しを請求することができるか。」と言うものであったらどうでしょうか。

この場合は、問いがAの請求の根拠を限定していないので、最後の結論の部分を「～従って、AはDに対して如何なる理由にせよ甲土地の明け渡しを請求することはできない。」とするのが良いと思います。

※ 絶対的構成（判例）で考えると、Cが善意であれば、そこでAの所有権喪失が確定するので、その後に登場してくるDについて改めて第三者該当性を問題にする必要はないこととなります。ですから、小問aの方から検討するのが論理的な展開です。

また、Cは典型的な第三者で、Dはやや応用になりますから、Cの第三者該当性（客観面）の充足を先に示した方が後が楽になります。小問bの方から検討した人はその理由について考えて見るべきでしょう。覚えた論証がそうだったから・・・と言うのは言い訳になりません。自分がなさ過ぎです（この論点については、内田・民法I第4版56頁の説明がいいです）。

なお、AD間の訴訟になるので、Dから（つまり小問bから）と考えたのであれば、弁論の展開が分かっていないと言うべきでしょう。すなわち、AD間の訴訟であったとしても、Aの請求に対して、Dは、絶対的構成（判例）の考え方に基づいて、自己の前者であるCが善意の第三者だという主張をした上で（これはAの所有権喪失を基礎付ける）、仮にCが悪意だったのであれば、自分（D）が善意の第三者だ（これもAの所有権喪失を基礎付ける）と言う主張をすることになるからです（参考答案及び最終頁の関係図のとおりです）。

※ CとDの第三者該当性は本問のハイライトとも言える重要部分です。これが認められることによってAが失権するので、ここでIRACです。何のために法的三段論法をフルコースで示すのかを考えましょう。これは非常に大切なことです。

※ 「Dは転得者だから第三者です。」と言うのは法的三段論法になりません！

「転得者」はNGワードと心得るべきです。

この解答例で最も注目すべきポイントがここです。「あてはめ」の丁寧さです。できているつもりがそうではなかったと言う例は非常に多いです。

「あてはめ」は法的三段論法の中核部分だと言って過言ではありません。ですから、こういうところは見られているので、意識して取り組む必要があります。ところが、特に最近顕著なのですが、主張反論の形式に拘泥していて、こういう肝心なところがおろそ

かになっている人が多いのです。何が重要なことなのか、しっかり考えるべきところです。

なお、既存の「論証」なるものを貼り付けても、全く解答にならないことは明白です。こう言ったものなどはむしろ致命傷になってしまいます。これが分からない（実感できない）とすると、それは結構問題です。何故なら、それは、**この事案に対して法的三段論法を展開して考えていくことができない状態**だからです（頭の中がアマチュアさんのままとも言える）。論証を覚えるという勉強（と言うか作業）が何故ダメと言われるのかをよく考えて見る必要があるはずで、ダメな理由は結構簡単で、それが**法的思考の実践ではない**からです。ですから、論証それ自体をいくら繰り返して暗記しても法的思考力は身につかないのです。このことはいわゆる「論点」の学修をしてはならないと言うことではありません。論点の学修は必要ですが、それは具体的な事実関係を前提とした中で実践的に行われるべきものです。いわゆる「論証」集は、見てはいけないとまでは思いませんが、つまるところ、**論点表位の意味**しかないと心得るべきでしょう。

※ 解答例の構成についても考えて下さい。

冒頭から、小問・・・について～と書き出す人が多いと思われま。それが直ちにダメと言うことではありませんが、参考答案のように**共通する部分をまとめて説明する**と言う構成の方がまとまりが良く、すっきりしたものになります。すなわち、**総論として機能する部分を設ける**と言うことです。頭の整理にもなりますから、是非取り入れて見て下さい。ちなみに、生半可に要件事実ないし要件事実論を振り回す人は、こういう思考ができないと言うか非常に苦手ですね。これも注意が必要なところでしょう。

※ この問題を考えるにあたり、**厳密に言うならば「請求から考える」ということはできないはず**です（プロを目指す人に対しては、この言い方で構わないと思います・自分が問題文を読みながら何をしているのかを考えて見ると良いです・メタ認知です）。

**具体的な請求について考えるのは最後になる**はずなのです。何故なら、実務法曹を目指して勉強してきた人ならそれ位の基礎体力はあると思われるからです（それがなければ、直ちに改善が必要です・初学者は当然そうなります・改善＝学修による向上が必要）。

他方で、解析結果に基づき、AやDの代理人として訴え提起を想定してAD間訴訟の弁論構造を考えることはできます（A側なら負け筋、D側なら勝ち筋ですね）。これはそう難しいことではありません。

**「請求から考える」ということと「弁論構造を考える」ということを誤認混同している人が多過ぎるので、困りもの**です。実務法曹を目指すのですから、「請求から考える」は卒業です。生の主張同様、それを止めることから始めましょう。

もともと、「請求から考える」ということは、基礎力のない人に向けられたもので、仮説を立てるように考えると良いですよと言うことです（「生の主張」と同趣旨です・法学部の1年生を想定すると分かりやすいでしょう）。それは事案分析の際にとっかかりをそこに求める位の意味しかありません。そういう意味では、「請求から考えてみよう」と言った方が良いでしょう。そのことは、けっして第3講（公開講座）の解析で示したよう

に、立て板に水で理解していくことを否定するものではありません。それができると言うことはそれだけ基礎体力があることを示しているだけのことです。それはむしろ望ましいことであって、そうになっていかなくてもならないのです。

※ この問題では、解答例に示したようにひたすら甲土地の所有権が移転するのか？と言うことを検討している訳ですが、それは、関係当事者が甲土地の所有権が移転するんですか？ということをするからです。当事者が違うことをすれば、そのことについて考えます。これは、第3講とこの問題を比較して考えて見ればすぐに分かるはずですよ。

※ 善意の意義、無過失は必要かという著名な論点については、この問題では簡単に触れれば足りるのですが（解答例記載のとおり）、より一般的に考えると結構問題があります。この点については、内田・民法I第4版54頁(4)を参照して下さい。

※ 私は、この問題を考えるにあたって、**AやDの「生の主張」なるものを考える必要はない**と思いますし（出番がない）、そのようなことを考えて見ようと皆さんに言うのは失礼だと考えますが、いかがでしょうか。

※ 以上に係わらず、AD間訴訟を想定して、その訴訟物並びに弁論の構造を考えることはできますし（動画掲載関係図記載のとおり）、そうでなくてもいいのですが、**そのことと、この問いにどう解答するべきなのかは全く別のこと**ですよ。

※ なお、下記は基礎体力の診断テストです。併せて考えて見ると良い学修になるはずですよ。力試しにどうぞ！

## 基礎体力診断テストです。いかがでしょうか。

### 問題

Aは父親から相続した山林（以下、本件山林という）を所有していたが、自己の営むレストランの経営が思わしくなかったことから、本件山林をBに売却することとし、Bとの間で、代金を1000万円とする売買契約を締結した。本件山林には、伐採に適する檜（ひのき）や杉が50本生育しており、この売買代金は立木分が800万円、土地部分が200万円と算定されていた。そして、BはAに対して1000万円の代金を支払ったが、AB間ではお互いに当面の課税を避けるため、所有権移転登記は1年後以降にBの都合の良いときにその請求を受けて行うこととされた。

CはAの知人であり、材木商を営む者であるが、かねてより本件山林の檜や杉を購入したいとの希望を持っていたところ、Aのレストランの経営状態が思わしくないようなので、好機到来と考え、Aに対して本件山林上の立木の購入を持ちかけたところ、Aから本件山林は既にBに売却済みであるとの説明を受けた。そこで、CはBのもとを訪れ、本件山林上の立木の購入を申し入れたが、代金について折り合いが着かず、契約締結には到らなかった。

その半年後、Aが交通事故で死亡したが、Aの相続人はその妻DとAの母Eの2人であった（AD間には子はいないものとする）。Cは本件山林の所有権登記が未だA名義のままになっていることを知り、DEらに対して、所有権移転登記が未了である以上、本件山林の所有権はBには移転しておらず、Aの相続人であるDEらこそが本件山林の所有者であって本件山林やその上の立木を処分することができる、また、Bとの間で何か問題があるようなら自分が全面的に解決するので、DEらは心配する必要はないと言って繰り返し働きかけ、本件山林上の立木の買い受けを申し入れた。他方、DEらは、AB間の売買を知ってはいたが、Cの言うとおりの本件山林の登記簿上の所有名義がAのままになっていたこと、およびAの死亡によりA名義である自宅土地建物（時価約3,000万円）を相続した他、各自生命保険金1000万円の支払いを受けたものの、収入源であったレストランの廃業を余儀なくされ、将来の生活不安もあったことから、Cの申し出に応じて、本件山林上の立木全てを代金400万円で売却することとし、Cとの間でその旨の売買契約を締結した。

そしてその翌日、CはDEらに対して売買代金の全額を支払うと共に、その了解を得て本件山林上の立木中価値のある檜や杉50本の全てを伐採し（以下、本件伐木という）、本件山林から搬出した上で、本件伐木の全てをFに代金800万円で売却し、代金全額を受領と引き替えに引き渡した。現在本件伐木はFがその所有する倉庫に保管している。

以上の事実関係の下で、BはCFに対して如何なる請求をなしうるかを検討せよ。

なお、場合を分ける必要があるときは適切な場合分けをした上で説明すること。

また、解答にあたっては、民法の適用を考えれば足り、その他の法令は考慮しないで良い。

## 基本的法律関係

①本件山林Aもと所有

②"Aはなお、本件土地を第三者に処分し得る法的地位を有する（濫用の虞のある支配力/刑法）。

③相続による権利変動  
DEらは、Aの有する権利義務を包括的に承継する。  
民法882/896条

④本件山林の一部である立木の売買  
立木は独立して取引の対象になる。

⑤本件伐木の売買  
Cの地位をどう見るか？  
無権利者ではないというのが判例  
そうすると、CF売買は他人物のそれではない。

②本件山林売買

A → B 未登記

②'Bは、②売買によって、本件山林の所有権を取得するが（民法555/176条）、本件山林は、不動産であるから（民法86条1項）、その旨の登記をしなければ、その権利取得を第三者に対抗することができない（民法177条）。

③'DEらは②"の地位を承継するので無権利者ではない。

④'Cは、Bの登記の欠缺を主張する正当な利益（客観面）を有する第三者である。何故なら、Bが登記がないのに、先行する所有権取得をCに主張できるとすると、Cは本件立木の所有権を取得することができないという不利益を被る関係があるからである。

もっとも、権利取得の態様が信義に反するような者は除かれる（判例）。

C CはAB間の売買を知っており、Bを権利者と認めてBから本件立木を買い付けようとしたことがある。CがBの権利取得を否定するのは信義に反すると言えるだろう。伐採により、目的物は動産となるところ、その第三者対抗要件は引渡となる(民法178条)。Cは引渡を受けたと言えるが、背信的なので、その権利取得をBに対抗できない。

⑤'判例の立場によると、Cのところで決着が付かないので、対抗問題が持ち越される。FはBの登記の欠缺を主張する正当な利益（客観面）を有する第三者である（Cと同じ）。

F そして、その例外法理についてもCと同じ。

Fが何を知っていたら、背信的だと言うことになるのか？

ここまで考えることができたなら、あっぱれ！

ヒント・刑法で考えて見ましょう。

結論：以上の次第なので、BはCに対して不当利得もしくは不法行為を理由として、800万円の支払いを請求できるでしょう。Fに対しては、その主観的態様如何によっては、所有権に基づいて本件伐木の返還を請求することができる。

※かなり基本的な事項を理解しているか、それを使いこなせるかを試している問題です。

これが分からないのでは先に進めませんから、ダメだったと言う人はしっかり復習して下さい。

1 民法177条の問題です。

本問の基本的な構造を作っているのは、基本的法律関係の説明②の部分です。

2 簡単なことをややこしくするのは止めましょう。

ex. ~は~と主張する。これに対して~は~と反論する。

これは本問の質問からすると全く無用の演出と言う他はありません。

3 請求から書かなくても良い。

請求から書いたらいけないと言うこともないですが、本問ではそうしない方が題意に沿ったものになります。

問いは、「以上の事実関係の下で、BはC Fに対して如何なる請求をなし得るかを検討せよ。」です。

ex. BはCに対して不法行為を理由として~円の損害賠償をすることが考えられる。

との書き出しで始まるもの。

これは間違っている訳ではないですが、それだけを考えれば良いと言うものではないでしょう。何故それだけ考えているの？との疑念が残ります。

何が問われているのかを考えて答案を書きましょう。

4 「請求から考える」って本当ですか？

本件の事実関係の下では、Bは本件土地上の立木の所有権取得をCに対抗することができるし（民法177条の表の適用除外）、他方で、Cは本件土地上の立木の所有権を取得して（民法177条の表）、伐採して引き渡しを受けたことで、その所有権取得を第三者であるBに対抗できるはずですが（民法178条の裏）、背信的悪意者なので、これが主張できない（その適用除外）、と言う関係にあります。この事情の下で、Cが本件伐木をFに転売して、引き渡し、Fから代金800万円を受領している。

この状態で、BがC Fに如何なる請求をなし得るかを考えるべきなのです。

具体的な請求について考えるのは最後になるのではありませんか？

実際、請求から（請求 at first）考えた人はいなかったのではないのでしょうか？

自分が問題文を読みながら何をしているのかを考えて見ると良いのです。

本件では、問い自体からは検討を要すべき請求権は何ら特定されないのですから、問題文を素直に読んでいくしかないですね。

まず、本件山林（不動産です）の所有権がAに帰属している（基本的法律関係の説明①）という法律状態の認識から始まったのではないのでしょうか（これも「考える」のうちに含まれます※）。それで良いのです。それが実務法

曹のものの考え方ですから、それを身につけるように練習しましょう。

そもそもこれができていなかったと言う人は、そのような状態を放置してはいけません。ここから始めましょう。

また、生の主張を考えるとすることも言われますが、必要ですか？

BやC、Fの気持ちになって考えて見よう・・・なんて言われたいですか？

私としては、実務法曹を目指している人に対してそのようなことを言うのは失礼だと思うのですが（学部の1年生扱いですね）。

少し厳しい言い方になりますが、この問題に対して請求から～とか生の主張なんて言っているとするとーそれがもし本当にそうなら（違うのでは？）ーそれ自体が問題なのです。

足腰弱すぎだと思います。実務法曹を目指すのですから、問題文を読むそばから）理解できるという状態でなくてはなりません（基本的法律関係の説明のように、①→⑤’まで、立て板に水）。今直ちに全部についてできないとしても、それ自体は全く問題ではありません。できるように練習しましょう。

実際、やっていればできるようになるのです。それが学「修」です。できないのはやらないからです。

ちなみに、全プロセスが分からなかったと言う人はいないのではないのでしょうか？

また、**余計なことをしようとして分からなくなっている**人もいるのではないのでしょうか。いきなり弁論構造を考えようとしたり、根拠のよく分からない「処理手順」とか「フレームワーク」に従っている等がこれにあたります（いずれも、「答案の書き方」に直結していると考えられます）。

もしそうなら、時系列に沿って組み立て直して見ましょう。事実を睨みながら権利変動を追っていくのです。それだけで結構分かってくるはずです（上記はその一例です）。つまり、貴方を縛っている「処理手順」だとか「答案の書き方」だとかが却って事案分析を妨げているのです。

**どこまで分かって、どこが分からなかったのかを知ることが大切**です。そこに課題があることが判明するからです。その点を学習した上で、再度、事案分析に挑んで見ましょう。その繰り返しが実践的な基礎体力を向上させるのです。

無理に覚えようとするのはいけません。単純な反復でもいけません。

長期記憶化することが必要なのです。言葉を使うように考えましょう。

5 また、誤解のないように断っておきますが、上記のことと弁論を考えると言うことは全く矛盾なく両立します。実際、本件の事案につき、BC間訴訟、



B F間の訴訟のそれぞれについて弁論構造を把握することはできます。これは事案分析の完了とほぼ同時に分かっていると言うところです。

本件の弁論構造を考えて見ると良い勉強になるはずですよ。

6 なお、弁論の分析と答案の書き方は何の関係もありません。

要件事実論と答案の書き方も何の関係もありません。

問いに答えるのが答案ですから、問いが何を求めているのかが分からないといけません。

※ 請求から先が「考える」だと言うのは、勝手な定義をしているだけで、意味がないと思います。

訴訟物を特定した上で、弁論構造を考えると言うことでしょうか。

それならできますが、事案分析にあたり、いきなりそうする必要はありません。そうしなくてはならない、あるいは、そうする方が良いとお考えの方は、その理由を説明できるのか考えて見ると良いです。ちなみに、私はその理由を聞いたことがありません。

反対に、そのようにしなさいと教えられたので、そのようにしているだけで、その理由は教えられたことがないし、考えたこともない、その結果、ごちゃごちゃになって分からなくなっている人はたくさん見て来ました。第3講（平成23年予備試験民法）でチェックして見ると良いです。この問題が難しいと感じられる人は要注意だと思います。何か余計なことをしていませんか？